

Voces:

PROMOCIÓN A LA CORRUPCIÓN DE MENORES - EXIGENCIAS DEL TIPO OBJETIVO - BIEN JURÍDICO PROTEGIDO - IRRELEVANCIA HERMENÉUTICA DE LA HOMOSEXUALIDAD - RECURSO DE CASACIÓN: FACULTADES DISCRECIONALES DEL TRIBUNAL DE JUICIO: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA - ESTÁNDAR DE REVISIÓN - PRINCIPIO NON BIS IN IDEM - PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN – DECOMISO – NOCIÓN - NATURALEZA ACCESORIA. OBJETOS DECOMISABLES - INSTRUMENTOS DEL DELITO.

Sumario:

- La corrupción de menores es una depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, lo prematuro o lo excesivo. Ello puede ocurrir porque el acto sexual sea perverso en sí mismo, en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, con menores, que por su edad o desarrollo no alcanzaron aún el grado de madurez física y psíquica que según la naturaleza y la sociedad se requiere para mantener una vida sexual normal, o, finalmente, volviéndose excesivo por su cantidad, como ocurre cuando los abusos son plurales y se ubican en un extenso período de tiempo.

- En orden al bien jurídico protegido por el tipo penal de la promoción a la corrupción de menores, se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones. Es el derecho que los menores de edad tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual.

- Luego de que el Congreso Nacional consagrara el “matrimonio igualitario”, no queda ningún espacio para asociar las relaciones entre personas del mismo sexo con la anormalidad o cualquier adjetivación semejante. Estas modificaciones de ningún modo implican despenalizar el abuso sexual infantil, en cualquiera de sus manifestaciones típicas, sólo porque lo sean en el ámbito de personas del mismo género. Todo niño o niña tiene un derecho humano convencional a no ser sometido a cualquier forma de abuso sexual (CN arts. 1, 19, 34), situación que nada tiene que ver con la elección de su identidad sexual en ejercicio de su autonomía.

- La facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y sólo resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva. Tal arbitrariedad, a su vez, no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad, atribuida en principio a otro órgano judicial.

- En cuanto a la prohibición de la doble valoración, se ha sostenido que una circunstancia contenida ya en el tipo penal, no puede valorarse doblemente: como un elemento del tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que, su consideración ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el Juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del *non bis in idem*.

- El decomiso es una pena accesoria, inherente a todas las penas principales mencionadas en el art. 5 del Cód. Penal, que consiste en la pérdida de cosas (muebles o inmuebles) a favor del Estado Nacional, de las provincias o de los Municipios, para su entrega, enajenación o destrucción, según el supuesto de que se trate (art. 23 C.P., según L. 25.815).

- El decomiso, según lo dispone la ley (art. 23, Cód. Penal), recae –entre otros supuestos- sobre las cosas que han servido para cometer el hecho, esto es, sobre los antes denominados “instrumentos del delito”. Integran el referido concepto, todos aquellos medios utilizados para “cometer el delito”, resultando indiferente que eventualmente fueren destinados a ese fin o que constituyan elementos de trabajo del condenado. En ese marco se ha dicho que constituye un “instrumento del delito” sujeto a decomiso, el automotor de propiedad del condenado que fuera empleado para cometer el delito.

SENTENCIA NUMERO: CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS

En la ciudad de Córdoba, a los diecisiete días del mes de noviembre de dos mil catorce, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos “**B.A.H.L. p.s.a. promoción de la corrupción de menores -Recurso de Casación-**” (SAC 1045430), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. J.A.B. y A.E.M.N., a favor del imputado H.L.B.A., en contra de la Sentencia número cuatro, del once de abril de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Se ha calificado erróneamente la conducta de B.A.?
- 2º) ¿Ha sido debidamente individualizada la pena?
- 3º) ¿Está correctamente dispuesto el decomiso a tenor del art. 23 CP?
- 4º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia n° 4, del 11 de abril de 2012, dictada por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación, en lo que aquí interesa, resolvió: *"...I. Declarar a H.L.B.A., ya afiliado, autor penalmente responsable del delito de promoción a la corrupción de menores, en los términos de los arts. 45 y 125, primer párrafo, del Código Penal; e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 del C.Penal; 550/551 del C.P.P.)..."* (fs. 1635 y vta.).

II. Los Dres. J.A.B. y A.E.M.N., defensores del imputado H.L.B.A., presentaron recurso de casación en contra de la citada resolución.

Invocando el motivo sustancial de casación (CPP 468 inc. 1°), solicita se case la sentencia por errónea aplicación del art. 125 CP y, en consecuencia, se absuelva a su defendido (fs. 1641 vta./1642, 1655). Sostienen que el comportamiento atribuido y dado por probado a B. es atípico. Dicen que el error del sentenciante fue apartarse de los preceptos constitucionales derivados del principio de legalidad: la máxima taxatividad interpretativa (fs. 1643 vta.). Argumentan que el tipo penal previsto en el primer párrafo del art. 125 del CP es lo que se conoce como un tipo penal abierto, utiliza una "fórmula absolutamente indefinida". Manifiestan que la palabra "corrupción" es fuente de esa indefinición. Citan fallos de esta Sala sobre el principio de máxima taxatividad interpretativa (fs. 1644).

Señalan que los jueces deben cumplir la tarea "cerrar" lo que el texto del legislador no hizo. Dicen que "corromper" consistiría en este caso en promover actos y modos de la conducta sexual, con aptitud y entidad para trastocar y modificar la evolución sexual hacia un modelo impuesto de 'normalidad' (fs. 1645). Citan las definiciones de este delito de los doctrinarios más influyentes (fs. 1645/1646 vta.).

Hacen referencia a la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo al código civil y su incidencia en la apreciación de la homosexualidad a propósito de esta

figura (fs. 1646 vta./1647 vta.).

Dicen que “[l]a entidad... de los tocamientos, roce y apariencia de masturbación por parte de B., en este caso -una sola vez- de ninguna manera pueden permitir la subsunción en la figura de promoción a la corrupción.” (fs. 1647 vta./1648). Manifiestan también que ver películas de “presunta y vaga conceptualización por el menor como pornográficas y los comportamientos descritos... podrán causar. un daño psicológico, pero hoy al nivel actual del desarrollo social y especialmente lo que hace a las relaciones sexuales, es absolutamente improcedente que una sentencia penal sostenga que eso tenga entidad para torcer o depravar ‘el normal desarrollo sexual del mismo’” (fs. 1648). También desprecian la entidad que la sentencia le ha asignado a las fotografías que el imputado tomó al niño porque “son todas exclusivamente del rostro del menor, observándose en una de ellas la parte superior de torso. Pero en ningún caso resulta válido o admisible sostener que [representan] nuclearmente a la acción de promover a la corrupción” (fs. 1648 vta.).

Manifiestan que la masturbación, las películas pornográficas, los roces, “son hoy el modelo cotidiano de los comportamientos de las personas de esa edad, y de ninguna forma pueden ser aptos para corromper el significado y alcance del tipo penal del artículo 125 del Código Penal” (id. cit.).

Finalmente, expresan que “[f]rente a las diversas interpretaciones, a la absoluta vacuidad hoy de un modelo de sexualidad, es absolutamente imprescindible que los jueces vean limitado su poder de castigo, y ante las distintas posturas dogmáticas, escojan las más acordes aplicaciones de la ley penal, conforme con los principios de máxima taxatividad interpretativa” (fs. 1649).

III.1. En primer lugar, corresponde señalar que con arreglo a la jurisprudencia invariable de esta Sala (sostenida desde "Paredes", 26/05/1972), una vez que se declara abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este Tribunal tiene la potestad para efectuar la correcta solución jurídica del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el impugnante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el *a quo* en la sentencia de mérito, que no viole la prohibición de la

reformatio in peius y no vaya más allá del agravio presentado.

2. Aquí el problema a resolver se ciñe al correcto encuadre jurídico del hecho atribuido a H.L.B.A. En concreto, debe indagarse si resultó apropiado haber subsumido su conducta, como lo hizo el *a quo*, en el delito de promoción a la corrupción de menores (art. 125, 1er. párr. del Código Penal).

3. El Tribunal de mérito relató el hecho que consideró acreditado con certeza, que se describe en fs. 1564/1577.

Al tiempo que al tratar la segunda cuestión, el *sub iudex* destacó que para el encuadramiento legal del mismo consideró “...*que corresponde asignar al hecho que el Tribunal tiene por acreditado es la de promoción a la corrupción de menores, en los términos del art. 125, primer párrafo, del Código Penal, delito por el que el acusado H.L.B.A. debe responder a título de autor (CP., 45)... Surge del hecho acreditado en el debate que el acusado B.A., en reiteradas oportunidades, desplegó una serie de conductas cuya objetividad demuestran su ánimo no sólo de desahogar un instinto libidinoso ocasional o aislado con el menor G.P., sino de modificar el normal desarrollo sexual del mismo, para que se manifieste eróticamente de un modo que no es propio de un desarrollo psíquico aún no alcanzado por un niño de trece años de edad... Entiendo que lo relevante en este caso es la promoción en el menor de una actividad sexual claramente prematura. Así, a favor de que la incitación a una actividad sexual prematura puede importar una promoción a la corrupción se pronuncia la doctrina (Reinaldi, Víctor F., Los delitos sexuales, Lerner, Córdoba, 1999, pp. 140 y ss., citado por el Sr. Vocal Pérez Barberá en el A.I. 350 del 26/8/2011 en los presentes autos). Como consecuencia del accionar del acusado, el menor G. fue puesto prematuramente en situación de modificar su desarrollo sexual normal, a través de la conducta del imputado, dirigida intencionalmente a ese objetivo. Asimismo consideró que “los hechos con connotación sexual no pueden ser analizados individualmente, de una manera aislada, sino en el contexto del lapso en que se sucedieron y acompañados o conjuntamente con las distintas actitudes puestas de manifiesto por el imputado. Así, tocarle la pierna, besarlo en el cachete, abrazarlo, rozarlo con los genitales, tocarlo en la cola por debajo del calzoncillo, y por último realizar todos los movimientos de que se estaba masturbando,*

son hechos que necesariamente deben ser analizados en el contexto en que sucedieron y reitero, unido a las actitudes puestas de manifiesto en todo momento por el acusado.

En tal sentido agregó que, “[d]esde el inicio, y durante el desarrollo de esta relación entre una persona de más de sesenta años y el menor G.P. de apenas trece, resultan relevantes las siguientes actitudes puestas de manifiesto por el acusado B.A. hacia el menor víctima, a saber: compartir la piletta y el gimnasio del Jockey, mirarlo fijamente al menor cuando el mismo, en el vestuario se estaba secando y cambiando; interpelar al menor en la vía pública sugiriéndole que buscara la película “Muerte en Venecia” por su parecido con el chico que actúa; ofrecer llevarlo a su departamento, haciéndolo de manera lenta y parando a cada rato, a la vez que le explicaba el argumento de la película en la que un señor grande se enamoraba del chico; para seguidamente decirle al menor que él se sentía como que estaba en la película; tocarle la pierna “no tan arriba” durante el viaje; pedirle información acerca de los horarios en que iba al gimnasio, número de teléfono, dirección de mail, previo detener la marcha del auto metros antes del departamento del menor; ofrecerle su departamento para que fuera solo o con una chica, “incluso podrían hacer un trío en el sentido de mantener relaciones sexuales grupales”; saludarlo con un beso y un “chau baby”, chau bebé; enviarle mensajes para encontrarse en el gimnasio, donde lo saludaba también con un beso, haciendo como que no veía la mano que le estiraba el menor; solicitarle, todo en murmullo sin que se diera cuenta su padre, que no le dijera que era el amigo que conoció y que no lo saludara delante del mismo; proponerle que le mintiera a sus padres que había cambiado de horario el “señor éste”, que no lo había visto más; vigilarlo constantemente sobre qué le había dicho a sus padres, tomando siempre muchas medidas de precaución para él; contarle que una vez se había escapado a Miami con un chico que a los padres le había dicho que iba al campo; llevarlo a comprar un helado que después lo toman en el auto; o comprarle en Mac Donalds una hamburguesa, que también llevaron al auto, “nunca lo comíamos en un lugar público” dijo el menor; caminar distanciados para que no vean que estaban juntos; darle dinero; dejar la cortina de la ducha del gimnasio abierta a propósito cuando estaba desnudo; desnudarse y ponerse de frente; abrir la cortina de la ducha donde el menor se bañaba, pedirle que dejara la cortina abierta; expresarle “qué tal si me clavo una acá, no sé” y expresarle “sí, cuando era chico era muy pajero... con lo que me gustaba hacerme

la paja”; llevarlo a su departamento para que lo conozca, abrazarlo en el ascensor, preguntarle si le podía dar un abrazo, abrazarlo por atrás, apoyándole los genitales; decirle que en un placard, que le mostró cerrado con llave, tenía películas porno, para luego sacarse la ropa, quedarse en calzoncillos, tirarse en la cama y llamarlo para que fuera hasta donde estaba e insistirle para que se sacara la ropa, para luego abrazarlo apoyándole los genitales; expresarle que tenía amigos de su edad, dos o tres años más grandes, que también concurrían al departamento cuando él estaba durmiendo la siesta, y se tiraban en la cama a dormir; insistirle otra vez para que fuera a su departamento, esperándolo en el kiosco próximo al domicilio del menor, nuevamente insistiendo que se saque la ropa y se tire en la cama, a la vez que le muestra en su notebook la película Muerte en Venecia; exhibirle otra película en la que la chica y el chico se desnudaban y tenían relaciones sexuales, mientras se tocaba los genitales y decía “oh me voy a clavar una” para luego mostrarle otro video de una playa nudista; y pasarle la mano por abajo, tocándole la cola, después sobre el calzoncillo, tocarle la pierna, tocarle con el codo los genitales del menor y luego sacarle fotos; llevarlo al estudio jurídico, abrazándolo siempre en los ascensores y dándole besos en el cachete, donde descargó tres videos de pornografía que se lo mostraba, mientras se tocaba sus genitales, sentándose después a su lado para luego abrazarlo y darle besos.

Finalmente argumenta que los hechos resultan “...demostrativo[s] de un plan para modificar el desarrollo psíquico del menor en lo atinente a lo sexual, que es lo que el tipo básico del art. 125 del CP exige. Se ha señalado que “no encontramos razones suficientes como para no incluir, a la par de actos sexuales, los actos de naturaleza intelectual, como los consejos, las enseñanzas, etc. siempre que tengan significación sexual y capacidad para producir una alteración degradante en las tendencias sexuales de la víctima” (Reinaldi, Víctor F, Los delitos sexuales, Lerner, Córdoba, 2005, pág. 179). Además, se acreditó que el menor víctima sufrió un daño psíquico, por lo que resulta evidente que la actividad sexual fue efectivamente prematura para él, y hasta ocurrió aquello que la ley en última instancia quiere evitar (el daño psíquico del menor), aun a través de un tipo penal de tendencia que de todas maneras queda consumado incluso si dicho daño no se verifica, en tanto la conducta en términos objetivos reúna las características típicas pertinentes” (fs. 1630/1632 vta.).

4. La crítica de los recurrentes a la calificación legal decidida por el *a quo* puede resumirse del siguiente modo: la indeterminación de la palabra corrupción obliga al intérprete a utilizar la máxima taxatividad interpretativa. Creen que si se aplica esta tesis, las propiedades relevantes del presente caso no resultan suficientes para catalogarlo de ese modo. Refieren que los tocamientos, el roce físico, la apariencia de masturbación del imputado frente a la víctima, la exhibición de películas pornográficas y tomarle fotografías del rostro o el torso (reconstrucción sucinta del hecho de la que parte el análisis de los recurrentes), no tienen la trascendencia que el *sub iudex* les asigna. Incluso sostienen que forman parte del “modelo cotidiano de los comportamientos de las personas de esa edad”. También introducen una referencia sobre que el hecho de que la relación sea entre personas del mismo sexo no puede ser utilizado en orden a aplicar la presente figura calificada, porque la incorporación del matrimonio igualitario al código civil le quita sustento.

Sus argumentos serán rechazados. Para arribar a la conclusión de que lo que hizo B.A. a G.P. no reviste entidad corruptora, los defensores diseccionan taxonómicamente los hechos y concluyen que ninguna de esas partes resultantes revisten gravedad ni se salen de los comportamientos normales de los niños de la edad de G.P.

Para comenzar es preciso recordar que pacíficamente la doctrina ha sostenido que la corrupción es una depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, lo prematuro o lo excesivo. El recordado Ricardo C. Nuñez indicó: “el modo del acto sexual se puede depravar volviéndose perverso en sí mismo, en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, despertada antes de lo que es natural, o, finalmente, volviéndose excesivo por expresar una lujuria extraordinaria” (Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Bibliográfica Omeba, Bs.As., 1964, T.IV, págs. 342/343; cfr., Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T.E.A., Bs.As., 1970, T.III, pág. 307; Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, T.1, pág. 216; Gavier, Enrique A., Delitos contra la integridad sexual, Lerner, Córdoba, 1999, págs. 70 y 71). En orden al bien jurídico protegido por este tipo penal, se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar

decisiones de índole sexual carentes de deformaciones. Es el derecho que los menores de edad tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual (mutatis mutandis, REINALDI, Víctor F., Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino Ley 25.087, Segunda Edición, Lerner, 2005, pag. 175) (ver, por todos, Sala Penal “Ceballos”, S. n° 205, 14/08/2009”).

A su vez, se ha entendido que los actos son excesivos por su cantidad, como ocurre cuando los abusos son plurales y se ubican en un extenso período de tiempo, como acontece en autos. Y que son actos prematuros, las prácticas llevadas a cabo precozmente con menores, que por su edad o desarrollo no alcanzaron aún el grado de madurez física y psíquica que según la naturaleza y la sociedad se requiere para mantener una vida sexual normal (“Ríos Fuster”, S. n° 119, 28/05/2012).

5. En el caso, resulta claro que el hecho atribuido a B.A. encuadra en el delito de promoción a la corrupción de menores. La seguidilla de actos enunciada en el punto III.3. en contra de G.P. tuvo la evidente finalidad de hipersexualizar al menor. Ese fue, claramente, su hilo conductor. Desde que lo indujo a subir a su automóvil luego del gimnasio hasta el último episodio en las duchas de ese lugar, toda su conducta describe una progresiva gravedad. Ha quedado demostrado que detrás de su falsa amabilidad yacía el propósito de instalar en el menor una erotización impropia de su edad, dada la rotunda diferencia de edades (más de cuarenta años).

Como expresó la Cámara de Acusación (voto de Pérez Barberá), la diferencia existente entre un abuso sexual en el que el agente procura satisfacer sus deseos y otro, como el de la promoción de la corrupción, en el que además busca ese cambio en la estructura psicológica de la víctima. En tal sentido dijo *[a]quí tenemos a un autor que en reiteradas oportunidades desplegó una serie de conductas cuya objetividad demuestra (al menos con el grado de probabilidad que esta etapa procesal exige) su ánimo no sólo de desahogar un instinto libidinoso ocasional o aislado con el menor víctima, sino de modificar el normal desarrollo sexual de éste, para convertirlo prematuramente en un sujeto eróticamente activo, o mejor expresado: para que se manifieste eróticamente de un modo que es propio de un desarrollo psíquico aún no alcanzado por un niño de trece años de edad*” (fs. 1342).

Resulta imposible arribar a la conclusión que apuntamos si se procede, como sugiere el recurrente, disociando los hechos. Esto es, separando cada conducta y confrontándola de manera aislada con la idea de promoción a la corrupción. Claramente, un roce no puede tener esa entidad, ni sacarle una fotografía, o ni aun mostrarle una película pornográfica. Pero lo que surge de su apreciación conjunta es que el impulso que subyace al proceder de B.A. se dirige directamente a depravar la conducta sexual de G.P.

Finalmente, sobre el planteo de que no puede tomarse a la homosexualidad de la relación como un indicador de corrupción atento al cambio operado en la ley civil, debe señalarse que la crítica es redundante puesto que el *a quo* en ningún momento sugirió tal cosa. Ciertamente, luego de que el Congreso Nacional consagrara el “matrimonio igualitario”, no queda ningún espacio para identificar la *moral media* de nuestro país en un sentido que asocie las relaciones entre personas del mismo sexo con la anormalidad o cualquier adjetivación semejante. Estas modificaciones de modo alguno implican despenalizar el abuso sexual infantil, en cualquiera de sus manifestaciones típicas, sólo porque lo sean en el ámbito de personas del mismo género. Todo niño o niña tiene un derecho humano convencional a no ser sometido a cualquier forma de abuso sexual (CN arts. 1, 19, 34), situación que nada tiene que ver con la elección de su identidad sexual en ejercicio de su autonomía. Esto no puede confundirse con el abuso, en este caso en la manifestación de la promoción de la corrupción, dada la total asimetría entre autor y víctima, la preeminencia del adulto por edad, empleo de dinero y ventajas económicas y el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, para introducirlo ilegalmente y prematuramente en experiencias sexuales, que serían irrelevantes para el derecho penal si se tratase de adultos o jóvenes, que elijan este modo de vincularse autónomamente.

Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Los abogados defensores del imputado B.A. también incluyen en su recurso de casación en contra de la citada resolución, invocando razones del motivo formal (CPP, art. 468, incs. 2º), un agravio en contra de la individualización de la pena (fs. 1649/1652 vta.).

Sostienen allí que en la enunciación y explicación de los motivos de agravamiento de la pena, se ha considerado como tal a circunstancias que ya se habían valorado como requisito imprescindible para afirmar la tipicidad de la conducta, el reproche de culpabilidad y la conciencia de antijuridicidad.

Dicen que cuando se refiere en la página 1633 vta. -in fine- a los medios empleados para ejecutar el delito, se incurre en la arbitrariedad de referirse al ambiente de intimidad -su departamento y su estudio jurídico-. Afirman que ese ambiente de intimidad es “uno de los núcleos esenciales de la configuración de esa figura... [s]in esa circunstancia le hubiese sido imposible al juzgador afirmar la tipicidad jurídicamente relevante desde el ángulo del derecho penal sustantivo” (fs. 1650 y vta.).

Agregan que el *a quo*, en un párrafo de su sentencia que transcriben, ha valorado como agravante la asimetría entre la edad y demás características personales y los 13 ó 14 años del menor. Sin embargo, señalan, esa diferencia de edad también fue tomada en cuenta para calificar jurídicamente la conducta del B.A.. En abono a su posición, realizan un *raconto* de las circunstancias tenidas en cuenta por el *a quo* para calificar el hecho como corrupción de menores, y tras ello, señalan que es evidente que no podría habérselos calificado de esa manera si la diferencia etaria hubiera sido más estrecha (fs. 1651).

En esta misma línea argumental en contra de la individualización de la pena, objetan que se haya valorado en contra de B.A. "los motivos bajos, groseros y por supuesto contrarios a derecho". Dicen que esas circunstancias constituyen el elemento necesario e imprescindible para la tipicidad de la conducta que se le atribuyó. Agregan que cuando se fundó la culpabilidad del acusado, se hizo referencia a que el imputado "obró conscientemente en la dinámica del hecho".

II.1. La queja se dirige a cuestionar la fundamentación de la individualización de la sanción impuesta al imputado. Al respecto, reiteradamente se ha sostenido que la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y sólo resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad (TSJ, Sala Penal, S. n° 14, 07/07/1988, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/03/1990, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/1997, "Farías"; A. n° 93, 27/4/1998, "Salomón"; S. n° 141, 2/11/2006, entre otros). Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. n° 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; "Tarditti", A. n° 362, 6/10/99; entre otros).

La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando ésta resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas (TSJ, Sala Penal, "Ceballos", S. n° 77, 7/6/99; "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/5/03; "Aguirre", S. n° 59, 28/6/05).

Por supuesto que la arbitrariedad no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuida en principio a otro órgano judicial (TSJ, Sala Penal, "Duarte", S. n° 37, 8/5/01; "Magarí", S. 17, 8/4/02; "Alfaro", S. 45, 27/5/04; entre muchas otras).

El impugnante cuestiona la sanción impuesta por entender que el Tribunal de mérito, en la enunciación y explicación de los motivos de agravamiento de la pena, ha considerado

como tal a circunstancias que ya se habían valorado como requisitos imprescindibles para afirmar la tipicidad de la conducta, el reproche de culpabilidad y la conciencia de antijuridicidad.

A fin de verificar la existencia de los vicios invocados, corresponde revisar los fundamentos brindados por el Tribunal *a quo* en sustento de la sanción impuesta.

2. Al proceder a la individualización de la pena (tercera cuestión) ponderó las circunstancias y modalidades de ejecución, entendiendo que en ese marco referencial jugaban, como circunstancias en contra, "*... en el aspecto referido a la naturaleza de la acción, la modalidad delictiva y las circunstancias fácticas en que se cometió el hecho acreditado en el debate. En relación a estas circunstancias de carácter objetivo vinculadas al hecho cometido corresponde valorar la pericia psicológica practicada por la Lic. Graciela Moreno, al expresar "que los hechos que se investigan constituyen una situación traumática para G., lo que conlleva un Daño Psicológico que, desde una valoración cualitativa, estimo Grave. Se inscribe en su psiquis como una huella mnémica significativa e imborrable que sin duda afectará su vida futura y sus relaciones de pareja en especial."*; "*Grave Daño Psíquico, que por las características del hecho, podrían ser irreversibles...*" sostuvo la Lic. María Fabiana Boerr.

Añadió a esto lo dicho por el denunciante en el debate, cuando expresó que "*actualmente a su hijo lo ve mal, perdió mucha seguridad en sí mismo, 'desde que pasó esto no volvió a ser el de antes'; en tanto que su madre dijo que ahora es un chico con problemas, siempre está con miedo, nunca más se recuperó, sus hermanos le dicen "el enfermito"*.

Luego se refirió a los "*...medios empleados para ejecutar el delito en función de la figura delictiva que se propugna y que en el contexto del caso concreto adquieren significación, se destaca particularmente las circunstancias de lugar aprovechadas por el acusado*

B.A., en especial su departamento de calle Santa Fe y su estudio jurídico, lo que facilitó la ocurrencia de los hechos en la intimidad, en un escenario solitario, apartado y por ende en ausencia de eventuales testigos objetivos, tomando siempre todas las precauciones al respecto; a lo que se agrega los medios subjetivos, tales como el engaño, además del

miedo y otras situaciones psíquicas particularmente relatadas por los progenitores de G.P.

Consideró “que no se infringe la prohibición de doble valoración [al] atender a la edad de la víctima, apenas trece años, cuando se inicia esa relación con el acusado “toda vez que se trata de un factor graduable o ajustable, que como tal encierra un disvalor que bien puede ser sopesado y que por ende, puede ser utilizado para la individualización de la pena como circunstancia agravante, puesto que trasluce la magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del autor, frente a una víctima extremadamente indefensa...” (T.S.J. Cba., s. n° 15, 25/02/2009). Ello, por cuanto, dentro del espectro etario que contempla la norma aplicada, menores de trece a diecisiete años (125, 1° párrafo) el menor G.P. se encuentra claramente más cerca de la niñez que de la adultez, y por ende mayor es el grado de vulnerabilidad e inmadurez, “en pleno proceso de formación y desarrollo de su personalidad” como lo sostiene la Lic. Moreno; o como lo sostuvo la Lic. Montero al analizar la relación que califica como no “adecuada para su edad física ni para sus capacidades psíquicas” y se encuentra inmerso en una situación de “inmadurez, labilidad y dependencia afectiva.”, como se consigna en la pericia psicológica.

Con respecto a las circunstancias de índole subjetiva, vinculadas con el acusado B.A. y, específicamente, con su peligrosidad, dijo que “la reprochabilidad de su conducta es mayor, en atención a los motivos bajos, groseros y por supuesto contrarios a derecho que lo determinaron a actuar de esa manera y no de otra, cuya responsabilidad es íntegra y exclusivamente atribuible al acusado”.

También tuvo en cuenta las “...circunstancias relativas a la educación, situación social y personal al momento del hecho, resultan relevantes para evaluar la capacidad del acusado para reconocer la antijuridicidad de su conducta y para determinarse de acuerdo con ese conocimiento. En el caso, su calidad de profesional, abogado, y docente universitario, constituye una agravante e implica mayor culpabilidad, por cuanto de ellas derivaba un deber mayor de actuar conforme a derecho, e implica una mayor conciencia acerca de la ilicitud de su accionar; esto por encontrarse en condiciones de apreciar el disvalor de su conducta. En efecto, “La educación, entre otros aspectos, resulta útil para “determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para

determinarse conforme ese conocimiento" (ZIFFER, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-Hoc, 2° ed., Bs. As., 2005, pág. 139). La edad del imputado es indicadora de su grado de madurez y de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harían más fácil la evitación de la conducta prohibida, participando en el hecho como autor del mismo, en circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión aprovechadas por el acusado para su comisión". Y como circunstancias a favor, " la ausencia de antecedentes penales computables, según se desprende del informe del Registro Nacional de Reincidencia, y planillas prontuariales obrantes en autos" (fs. 1633/1634 vta.).

3. Así las cosas, estimo que las críticas esgrimidas a la fundamentación de la pena no pueden prosperar.

Todo el cuestionamiento se dirige a denunciar que se utilizaron en contra del imputado "circunstancias que ya se habían valorado como requisitos imprescindibles para afirmar la tipicidad de la conducta" del imputado. Es decir que la defensa solicita que se aplique la jurisprudencia consolidada de la Sala según la cual, en materia de fijación de la pena, el tribunal no puede incurrir en una doble valoración.

En efecto, esta Sala tiene dicho que la prohibición de doble valoración impide que una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el Juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del *non bis in idem* (T.S.J., Sala Penal, S. n° 13, 11/3/98, "Avalos"; S. n° 77, 7/6/99, "Ceballo"; S. n° 67, 7/8/00 "Reyna"; S. n° 74, 15/08/2001, "Cuello", entre muchos otros).

Pero esto no es lo que acaece en el caso en la presente causa. La defensa alude a "requisitos imprescindibles para afirmar la tipicidad de la conducta", y ello equivale a decir: elementos del tipo penal.

Empero, las circunstancias que enumera no forman parte de las propiedades relevantes

que debe reunir un hecho para encuadrar en la figura de “promoción a la corrupción de menores”. En efecto, “el ambiente de intimidad” elegido por el encartado para perpetrar sus hechos en contra de G.P. y concebido agravatorio de la conducta por el *a quo*, no es un elemento del tipo.

Otro tanto cabe decir de la asimetría entre la edad del imputado (62 años) y la víctima (13 años). Ciertamente, la consumación de este delito requiere la diferencia de edades que aparejan los requisitos típicos de “una persona de dieciséis años de edad” como sujeto pasivo y “la mayoría de edad del autor”, pero lo que recalca el *a quo* es el *quantum* de esa diferencia. Es a ello a lo que le asignó entidad para agravar la condena a B.A.

Lo “grosero” y “bajo” de los motivos que impulsaron al encartado apunta al *plus* de perversión exhibido por B.A. Surge de las constancias de autos un atrevimiento impetuoso por parte suya hacia esta clase de hechos en contra de menores. Principalmente de los relatos que él mismo le hacía a la víctima, donde se ufanaba de haber hecho lo mismo con otros niños y cuya verosimilitud está avalada, entre otras cosas, por las fotografías que tenía almacenadas en su computadora (y que le mostró a G.P.) (fs. 633/800).

Además, no puede perderse de vista que las circunstancias agravantes sobrepasaron sensiblemente a las atenuantes en la individualización de la pena practicada por la Cámara. Pero, sin embargo, el impacto en la concreta sanción impuesta no tuvo un desenvolvimiento paralelo. De una pena conminada en abstracto, que parte de los tres años y llega a los diez, el *a quo* fijó la condena en seis años, *i.e.*, en la primera mitad de esa escala.

Voto, pues, negativamente a la cuestión planteada.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Los recurrentes critican el decomiso del automóvil dispuesto en la parte resolutive de la sentencia atacada. Sostienen que en ese punto, la sentencia es nula por falta de fundamentación (fs. 1652 vta./1653 vta.). También consideran que el *a quo* ha incurrido en errónea aplicación al caso del artículo 23 del Código penal en cuanto se ha ordenado el decomiso de dicho vehículo.

a. En el agravio propio del motivo formal art. 468 inc. 2°, donde denuncia la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación (fs. 1642 vta.), se quejan de que el *a quo* no haya fundado porqué incluye en el decomiso al referido vehículo (fs. 1653). Manifiestan que al referirse al vehículo descripto en “las actas”, sin dar mayores especificaciones, la Cámara priva al imputado de su derecho de conocer cuáles son los fundamentos que “le permiten al Poder Judicial privarlo de su derecho de dominio sobre un objeto de apreciable valor económico. [e]llo viola la garantía individual consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional”. Exponen que el tribunal de juicio estaba obligado a expresar y acreditar las razones que le permitían sostener que el vehículo confiscado era ‘un instrumento del delito’, objeto de investigación en esta causa (id. cit.).

b. Luego bajo el rótulo “errónea aplicación al caso del artículo 23 del Código penal en cuanto se ha ordenado el decomiso del vehículo.” (art. 468 inc. 1° CPP), los recurrentes dicen que, en caso de que no se considere erróneamente fundamentado el decomiso, se aplicó mal el artículo 23 del CP (fs. 1653 vta./1654).

Argumentan que el decomiso de los instrumentos del delito encuentra razón para su procedencia en el hecho que los objetos que pertenecen al autor han sido utilizados de manera directa y concreta para cometer el núcleo del acto típico; o son la consecuencia; o el producido del actuar delictivo por el que ha sido condenado el imputado. Dicen que el automóvil dominio EBX-791 no configura de ningún modo la calidad de “instrumento

del delito con el alcance y significado de tal entidad y gravedad suficiente y exigible a tal punto que justifique su confiscación estatal” (fs. 1654).

Señalan que la doctrina (que citan) afirma categóricamente que el objeto de esta pena accesoria conminada en el artículo 23 del CP se circunscribe exclusivamente a los elementos específicos que de manera directa y nuclear hayan sido instrumentos del delito por el cual se haya impuesto una condena. Dicen que en la acusación se menciona a una notebook a través de la cual se habrían mirado videos pornográficos, pero la misma no ha sido decomisada (fs. 1654 vta.).

II. En lo que aquí interesa, el Tribunal de mérito resolvió ordenar el decomiso del automóvil marca SEAT Modelo León 1.9 TDI, Sedan 5 puertas, de color rojo Dominio EBX-791 al *“III. Disponer a favor del Estado Provincial, el decomiso de los efectos secuestrados en autos, de los que dan cuenta las actas de fs. 71, 77, 80 y 89 de autos (art. 23 del C.P. y 542 del C.P.P.)...”* (fs. 1635 vta.). Lo que también trató, en similares términos, en la tercera cuestión.

III. De lo consignado precedentemente, surge que los recurrentes fundan su aseveración (acerca de la errónea aplicación del art. 23 del C.P. en el caso de autos) en que el automóvil en cuestión no fue un “instrumento del delito” porque no fue empleado en la etapa ejecutiva del mismo.

Sobre el particular esta Sala, con otra integración (en autos “Caldarone”, S. n° 16, 20/10/1989), ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido que el decomiso es una pena accesoria, inherente a todas las penas principales mencionadas en el art. 5 del Cód. Penal, que consiste en la pérdida de cosas (muebles o inmuebles) a favor del Estado Nacional, de las provincias o de los Municipios, para su entrega, enajenación o destrucción, según el supuesto de que se trate (art. 23 C.P., según L. 25.815).

La sanción que nos ocupa, según lo dispone la ley (art. 23, Cód. Penal), recae -entre otros supuestos- sobre las cosas que han servido para cometer el hecho, esto es, sobre los antes denominados "instrumentos del delito". Integran el concepto de instrumentos del delito, todos aquellos medios utilizados para "cometer el delito", resultando indiferente que eventualmente fueren destinados a ese fin o que constituyan elementos de trabajo

del condenado (En el mismo sentido, Federik, Julio A., Comentario al art. 23 del C.P., en AA.VV., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. -Directores-, Terragni, Marco A. -Coordinador-, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, T. I, pág. 310; Breglia Arias, Omar, *El comiso en las reformas del Código Penal*, publicado en Diario La Ley, del 13/10/2006, pág. 3 y ss.). Comulgando con dicho modo de interpretar el art. 23 del C.P., este mismo Tribunal sostuvo, varios años atrás, que "...constituye un "instrumento del delito" sujeto a decomiso, como consecuencia accesoria de la pena impuesta, el automotor de propiedad del condenado que fuera empleado para cometer el delito" (T.S.J., Sala Penal, "Charras", S. N° 1, 13/02/1976; "Tapia", S. n° 360, 23/12/2008).

En autos, ha quedado acreditado que H.L.B.A. utilizó el automóvil en cuestión en distintos tramos de la promoción a la corrupción de menores que se le atribuye. En efecto, surge del propio hecho que con ese vehículo levantó de la parada de ómnibus a G.P. por primera vez y lo llevó hasta su casa. Fue ahí que comenzó con su misión de corromperlo. Una vez dentro del vehículo le tocó la pierna (excusándose en el acto con que era "toquetón"). También fue con el automóvil decomisado que pasaba a buscarlo por la casa y lo llevaba hasta el estudio, a su departamento o a comer hamburguesas, sitios donde continuaría con su empresa.

Todas las circunstancias surgen del hecho y su inclusión en la intimación fue extensamente justificada a través de la valoración de las pruebas llevada adelante por el *a quo*. Asimismo, sobre el final de la tercera cuestión lo ordenó expresamente, en cumplimiento con lo que hemos resuelto sobre que el decomiso requiere imposición expresa y debe dictarse al momento de la condena (TSJ, Sala Penal, "Bustos", S. n° 24, 12/03/2007; "Farías", S. n° 41, 17/03/2008).

De lo expuesto, surge que el sentenciante sí fundó el decomiso y subsumió correctamente la utilización del automóvil por parte del imputado B.A. como una cosa que "ha servido para cometer el hecho" (cf. art. 23 CP).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. J.A.B. y A.E.M.N., a favor del imputado H.L.B.A. Con costas (C.P.P., 550/551).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. J.A.B. y A.E.M.N., a favor del imputado H.L.B.A. Con costas (C.P.P., 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora

Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

**Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL Dra. María Marta CACERES
de BOLLATI**

Vocal del Tribunal Superior de Justicia Vocal del Tribunal Superior de Justicia

**Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI Secretario Penal del Tribunal Superior de
Justicia**